

WYROK
z dnia 25 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2019 r. przez wykonawcę EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu,

przy udziale wykonawcy S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia z postępowania EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz uznania oferty wykonawcy EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu za odrzuconą i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu;

2.2. zasądza od Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu, na rzecz EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1764/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są interwencyjne prace porządkowe i konserwacyjne terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 lipca 2019 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 września 2019 r. wykonawca EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia z postępowania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z przedłożonych dokumentów wynika, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez błędne uznanie, w konsekwencji wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieuprawnione wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy S&A Service spółka z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób nienależyty dokonał oceny treści dokumentów. Wywiódł, że już z samego załącznika do umowy konsorcjalnej wynika, jaki zakres prac realizowany będzie przez poszczególnych konsorcjantów. W sposób niebudzący

wątpliwości wskazano w tym dokumencie, że znaczny zakres prac składających się na zleconą do wykonania przez konsorcjum usługę będzie realizowany przez obu partnerów, co oznacza, że dany rodzaj prac będą wykonywać i wykonywali oni wspólnie, np. transport odpadów, co dodatkowo wymagało odpowiedniego zorganizowania tych prac oraz koordynacji działań obu podmiotów, a także kierowania tymi pracami i nadzór nad ich realizacją. Odwołujący podkreślił, że te ostatnie czynności zarezerwowane były wyłącznie dla niego, co wynika z treści załącznika do umowy konsorcjum oraz z samej tej umowy. To wyłącznie odwołujący organizował i planował pracę zarówno konsorcjanta, jak i swoją, a także koordynował czynności wykonywane przez obie strony, nadzorował ich realizację oraz sporządzał wszelkie niezbędne dokumenty oraz protokoły dotyczące odbioru prac. Reprezentował też konsorcjum w kontaktach z podmiotami trzecimi, w tym z Chemeko-System sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że wykonywał wszystkie czynności objęte jej zakresem, przy czym część tych czynności, do których należały kwestie planistyczne, organizacyjne, koordynacyjne, kierownicze, nadzorcze i reprezentacyjne realizowane wyłącznie przez niego, zaś pozostałe wymienione w załączniku prace - z wyłączeniem sprawdzenia infrastruktury i pozyskania mapy oraz segregacji odpadów i ustalenia ich kodów, które to prace odwołujący zobowiązany był wykonać i wykonał samodzielnie - realizowane były wspólnie przez partnerów konsorcjum. Wywiódł, że z treści umowy konsorcjum, z oświadczenia Spółki Chemeko-System sp. z o.o., a także z przedstawionego oświadczenia konsorcjanta, jasno i wyraźnie wynika, że odwołujący czynnie uczestniczył w każdym etapie realizacji tych prac. Zdaniem odwołującego zamawiający w ogóle nie zauważa, że oprócz reprezentacji i koordynacji prac, odwołujący kierował i nadzorował ich wykonanie, co jest istotnym elementem przy wykazywaniu doświadczenia w realizacji danego rodzaju pracy. Podział prac między konsorcjantami przebiegał pionowo, co oznacza, że każdy z partnerów wykonywał jakiś zakres czynności z danego rodzaju, etapu prac. W takiej sytuacji każdy z konsorcjantów ma doświadczenie w ich realizacji, w wykonaniu wszystkich prac wchodzących w zakres zleconej usługi.

Odwołujący wywiódł, że wymienione dokumenty czytane razem dają pełny i spójny obraz roli, jaką odegrał odwołujący przy realizacji wspomnianej usługi, uprawniający do uznania, iż może on posługiwać się doświadczeniem nabytym przez konsorcjum przy realizacji tej umowy w pełnym zakresie, co pozwala na stwierdzenie, że dysponuje on stosownym doświadczeniem do realizacji zamówienia.

Z ostrożności odwołujący wniósł o dopuszczenie dodatkowego dowodu w postaci oświadczenia członka konsorcjum pana S.J. na okoliczność zakresu prac zrealizowanych przez odwołującego w ramach konsorcjum firm, a tym samym posiadanego przez niego doświadczenia, niezbędnego do realizacji zamówienia.

Wykonawca S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o

oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV ust. 1 pkt 1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, w celu wykazania zdolności zawodowej zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 50.000 zł.

Odwołujący złożył wykaz usług, w którym wskazał:

1. usługę polegającą na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu o wartości 90.000 zł wykonaną jako podwykonawca Chemeko-System Sp. z o.o.;
2. usługę wykonywaną na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego w ramach umowy zawartej na okres od grudnia 2018 r. do grudnia 2021 r. o łącznej wartości brutto 104.095,44 zł.

23 lipca 2019 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o dokonaniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, wobec czego wykonawca S&A Service spółka z o.o. wniósł odwołanie.

Zamawiający uwzględnił część zarzutów wykonawcy w zakresie konieczności przeprowadzenia dodatkowych czynności zmierzających do zbadania spełnienia przez odwołującego warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia wykonawców. Wyrokiem z 13 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1455/19, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów uznanych przez zamawiającego, zaś w pozostałej części oddaliła odwołanie.

19 sierpnia 2019 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a 21 sierpnia 2019 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i ewentualnych dokumentów celem wykazania spełnienia warunku postępowania w postaci zdolności zawodowych do realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał w treści wezwania, że:

- 1) dla usługi wskazanej w poz. 1 jako wartość usług brutto wykonanych przez EPA GREEN dla CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o.o. wskazana została kwota 90.000 zł, a jako przedmiot wykonanych usług cała umowa, natomiast z referencji wynika, że wartość zrealizowanych prac przez konsorcjum (EPA GREEN Sp. z o.o. oraz PHU MAK-MET S.J.) wyniosła ponad 90.000 zł netto. W referencjach wskazany jest też zakres prac, który jednak, raz określany jest jako prace wykonane przez EPA GREEN, a innym razem jako usługi wykonane przez

konsorcjum, co budzi wątpliwości zamawiającego w stosunku do zakresu i wartości wykonanych faktycznie prac przez EPA GREEN;

- 2) dla usługi wskazanej w poz. 2 podano termin rozpoczęcia i zakończenia usługi - od grudnia 2018 r. do grudnia 2021 r. i wartość usług brutto 104.095,44 zł. Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien przedstawić zakres prac, jaki już wykonał do dnia składania ofert. Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, na jaką wartość zostały wykonane usługi przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.

Pismem z 22 sierpnia 2019 r. odwołujący udzielił wyjaśnień i złożył oświadczenie CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o.o. oraz fakturę VAT na kwotę 90 000 zł netto za usługę usunięcia odpadów potwierdzającą, że prace wskazane w referencjach miały wartość 90.000 zł netto. Odwołujący wskazał, że EPA GREEN Sp. z o.o. jako członek i lider konsorcjum z Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym MAK-MET S.J. brała faktyczny i konkretny udział w realizacji prac, ma zatem prawo samodzielnie posługiwać się referencjami w zakresie zdolności zawodowych, tak co do zakresu, jak i wartości wymienionych w nich prac, które realizowane były w ramach konsorcjum.

W powołanym oświadczeniu Pani P. Ł. - Kierownik ds. Transportu i Logistyki działając w imieniu Chemeko - System sp. z o.o. we Wrocławiu, będącego wykonawcą w ramach zamówienia publicznego nr 4/2018, przeprowadzonego przez Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław oraz będąc osobą oddelegowaną przez spółkę jako przedstawiciel wykonawcy, oświadczyła, że udział EPA GREEN sp. z o.o. w realizacji całej umowy, polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu, miał charakter faktyczny i realny. Spółka brała czynny udział w realizacji całego zadania, w tym w szczególności uporządkowania terenu, na którym zgromadzone były odpady przeznaczone do usunięcia z ewentualnych zanieczyszczeń dodatkowo odsłoniętych. Oświadczyła też, że w trakcie wykonywania prac, czego była świadkiem, spółka EPA GREEN sp. z o.o. nadzorowała i uczestniczyła w odbiorach wszystkich prac na tej inwestycji, była nie tylko liderem konsorcjum z Przedsiębiorstwem Handlowo - Usługowym MAK-MET S. J., ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczyła w realizacji całego przedsięwzięcia, jak również odpowiadała za komunikację z wykonawcą. Pani Ł. wyjaśniła, że EPA GREEN sp. z o.o. samodzielnie realizowała istotny zakres prac oraz zlecała, nadzorowała i odbierała wszystkie prace, również te fizycznie wykonane przez członka konsorcjum. Wszelkie prace wykonywane przez konsorcjum były realizowane pod kierownictwem M. R. (M.) i S. K., pracowników EPA GREEN, co oznacza, że spółka ta miała istotny, faktyczny, konkretny wkład w realizację całego zadania, co potwierdzają referencje z 3 grudnia 2018 r.

Wykonawca złożył także faktury wystawione od grudnia 2018 r. do czerwca 2019 r. na łączną kwotę 17.446,02 zł netto (18.841,70 zł brutto) za utrzymanie czystości potwierdzające wartość prac, jakie EPA GREEN Sp. z o.o. wykonała na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający wezwał CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o. o. na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia

Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. poz. 1126 ze zm.) do udostępnienia umowy konsorcjum, którą zawarli podwykonawcy. Wezwany wykonawca przedstawił umowę, w której w § 1 ust. 2 odwołujący został ustanowiony liderem konsorcjum. Załącznik nr 1 zawiera podział prac wykonawców tworzących konsorcjum przy wykonywaniu usługi.

Zakres prac odwołującego obejmował:

1. sprawdzenie przed rozpoczęciem prac porządkowych, w ewidencji gruntów, czy na terenie objętym przedmiotem umowy nie występują sieci infrastruktury podziemnej, wraz z uzyskaniem aktualnej mapy;
2. wykonanie prac przygotowawczych, w szczególności:
 - a. oznakowanie i zabezpieczenie przed dostępem osób trzecich terenu, na którym prowadzone będą prace,
 - b. zabezpieczenie drzew przed ich uszkodzeniem,
 - c. usunięcie roślinności uniemożliwiającej lub utrudniającej wykonanie prac objętych przedmiotem umowy (dotyczy roślinności której wycięcie nie wymaga uzyskania zezwoleń określonych odrębnymi przepisami).
3. usunięcie fragmentów starego ogrodzenia z siatki metalowej, które znajduje się na skraju skarpy będącej granicą porządkowanego terenu od strony wschodniej oraz usunięcie hałd gałęzi i ściętej trawy zgromadzonych u podnóża skarpy, na niższej części działki uformowanej poprzez rozplantowanie mas ziemnych do poziomu ul. Pięćdziesięciu Bohaterów,
4. usunięcie różnych rodzajów odpadów budowlanych wysypanych w postaci hałd na powierzchni istniejącego tarasu wykonanego z ziemi i gruzu. Hałdy o różnej wysokości należy usunąć do ich podstawy bez zagłębiania się w podłoże. Część terenu na odcinku od nieczynnej wschodniej bramy do przeznaczonych do usunięcia pozostałości dawnej wiaty, nie jest zajęta przez hałdy odpadów i wyznacza powierzchnię, do której należy usunąć odpady,
5. usunięcie pozostałości dawnej wiaty wykonanej z prefabrykowanych elementów betonowych,
6. usunięcie kontenera o pojemności około 8 m³ wraz ze znajdującymi się w nim odpadami,
7. załadunek odpadów na środki transportowe EPA,
8. transport i rozładunek odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, czasowego magazynowania bądź unieszkodliwienia odpadów,
9. przekazanie odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, bądź osobie niebędącej przedsiębiorcą do ponownego wykorzystania, zgodnie z obowiązującymi przepisami,
10. wyrównanie nierówności terenu powstałych w trakcie wykonywania prac porządkowych, polegające na ścięciu wypukłości, przemieszczeniu urobku i zasypaniu powstałych wgłębień,
11. utrzymanie w należyтым porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac, w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, poprzez uprzątnięcie i pozbycie się błota i

- innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe,
12. uporządkowanie terenu, na którym zgromadzone były odpady przeznaczone do usunięcia, z ewentualnych zanieczyszczeń dodatkowo odsłoniętych, w trakcie wykonywania prac,
 13. uporządkowanie terenu z odpadów rozsypanych w trakcie załadunku,
 14. usunięcie zabezpieczeń i oznakowania wykonanych w ramach prac przygotowawczych,
 15. organizowanie pracy partnerów przy realizacji usługi, w tym podział czynności przy wspólnym wykonywaniu poszczególnych rodzajów prac,
 16. nadzór nad realizacją całej usługi,
 17. segregacja odpadów,
 18. ustalenie poszczególnych kodów odpadów, przygotowanie stosownej dokumentacji i protokołów.

Zakres prac partnera konsorcjum Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego MAK-MET S.J. obejmował natomiast:

1. wykonanie prac przygotowawczych, w szczególności:
 - a. oznakowanie i zabezpieczenie przed dostępem osób trzecich terenu, na którym prowadzone będą prace,
 - b. zabezpieczenie drzew przed ich uszkodzeniem,
 - c. usunięcie roślinności uniemożliwiającej lub utrudniającej wykonanie prac objętych przedmiotem umowy (dotyczy roślinności której wycięcie nie wymaga uzyskania zezwoleń określonych odrębnymi przepisami).
2. usunięcie fragmentów starego ogrodzenia z siatki metalowej, które znajduje się na skraju skarpy będącej granicą porządkowanego terenu od strony wschodniej oraz usunięcie hałd gałęzi i ściętej trawy zgromadzonych u podnóża skarpy, na niższej części działki uformowanej poprzez rozplantowanie mas ziemnych do poziomu ul. Pięćdziesięciu Bohaterów,
3. usunięcie różnych rodzajów odpadów budowlanych wysypanych w postaci hałd na powierzchni istniejącego tarasu wykonanego z ziemi i gruzu. Hałdy o różnej wysokości należy usunąć do ich podstawy bez zagłębiania się w podłoże. Część terenu na odcinku od nieczynnej wschodniej bramy do przeznaczonych do usunięcia pozostałości dawnej wiaty, nie jest zajęta przez hałdy odpadów i wyznacza powierzchnię, do której należy usunąć odpady,
4. usunięcie pozostałości dawnej wiaty wykonanej z prefabrykowanych elementów betonowych,
5. usunięcie kontenera o pojemności około 8 m³ wraz ze znajdującymi się w nim odpadami,
6. załadunek odpadów na środki transportowe MAK-MET,
7. transport i rozładunek odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, czasowego magazynowania bądź unieszkodliwienia odpadów,
8. wyrównanie nierówności terenu powstałych w trakcie wykonywania prac porządkowych, polegające na ścięciu wypukłości, przemieszczeniu urobku i zasypaniu powstałych wgłębień,
9. utrzymanie w należyтым porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac,

w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, poprzez uprzątnięcie i pozbycie się błota i innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe,

10. uporządkowanie terenu, na którym zgromadzone były odpady przeznaczone do usunięcia, z ewentualnych zanieczyszczeń dodatkowo odsłoniętych, w trakcie wykonywania prac,
11. uporządkowanie terenu z odpadów rozsypanych w trakcie załadunku,
12. usunięcie zabezpieczeń i oznakowania wykonanych w ramach prac przygotowawczych.

Pismem z 5 września 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. W uzasadnieniu czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że odwołujący w postępowaniu wyjaśniającym nie wykazał, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Stwierdził, że w otrzymanej umowie konsorcjum nie zostały wskazane wartości prac do wykonania przez każdego z członków konsorcjum, zaś fakt bycia liderem konsorcjum i koordynatorem prac nie jest w opinii zamawiającego wystarczające do uznania, że wykonawca dysponuje odpowiednim doświadczeniem do wykonania zamówienia.

W związku z informacją o wykluczeniu odwołujący wniósł odwołanie.

Do odwołania dołączono oświadczenie Pana S.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAK-MET S.J. w Oławie, w którym oświadczył on, że wspólnie z odwołującym utworzył konsorcjum w celu realizacji na rzecz CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o.o. umowy podwykonawczej na usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul Pięćdziesięciu Bohaterów położonej we Wrocławiu. Wyjaśnił, że wymienione prace (zgodne z przypisanym mu w załączniku Nr 1 do umowy konsorcjum zakresem obowiązków oraz odpowiadającym poz. 2-8 oraz 10-14 zakresem czynności odwołującego – *ustalenie Izby*) realizował wspólnie z odwołującym, który realnie uczestniczył w ich wykonaniu. Każda z firm wykonywała przydzielony jej wycinek robót (czynności), zgodnie z wprowadzoną przez odwołującego organizacją pracy np. odpady o kodzie „17” transportowała jego firma, natomiast odpady o innych kodach – lider konsorcjum. Oświadczył również, że wyłącznie do obowiązków odwołującego należało:

1. sprawdzenie przed rozpoczęciem prac porządkowych, w ewidencji gruntów, czy na terenie objętym przedmiotem umowy nie występują sieci infrastruktury podziemnej, wraz z uzyskaniem aktualnej mapy;
2. organizowanie pracy partnerów przy realizacji usługi, w tym podział czynności przy wspólnym wykonywaniu poszczególnych rodzajów prac,
3. nadzór nad realizacją całej usługi,
4. segregacja odpadów,
5. ustalenie poszczególnych kodów odpadów, przygotowanie stosownej dokumentacji i protokołów;
6. reprezentacja konsorcjum.

W podsumowaniu Pan S. J. oświadczył, że odwołujący aktywnie i bezpośrednio uczestniczył w

realizacji całego przedsięwzięcia, dla którego zostało powołane konsorcjum, dodatkowo organizując i kierując tokiem prac konsorcjum oraz sprawując nadzór nad wykonywaniem prac.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp pominięta została argumentacja zamawiającego i przystępującego, która nie była wyrażona w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, w szczególności dotycząca niezgodności przedmiotu umowy wykonanej na rzecz CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o. o. z wymaganiami zamawiającego postawionymi w tym postępowaniu. Uzasadnienie czynności wykluczenia dotyczyło bowiem zaangażowania odwołującego w wykonanie umowy zrealizowanej wspólnie z innym wykonawcą w ramach konsorcjum i ono determinuje zakres, w jakim wykonawca zaskarża czynność zamawiającego. Tylko w tych granicach odwołanie podlega rozpoznaniu.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu polega na ocenie zgromadzonych przez zamawiającego dokumentów dotyczących wykonania przez odwołującego umowy w ramach konsorcjum.

Zamawiający i przystępujący stali na stanowisku, że wobec braku wyodrębnienia konkretnych części zamówienia wykonanych przez odwołującego w ramach umowy zawartej z CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o. o. oraz przypisanie im określonej wartości uniemożliwia wykazanie przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W opisie warunku zamawiający wymagał bowiem określonego zakresu czynności oraz określił ich wymaganą wartość, zatem odwołujący nie może powołać się na całą wartość umowy wykonanej wspólnie w konsorcjum z innym wykonawcą. Odwołujący natomiast prezentuje pogląd, że skoro uczestniczył we wszystkich czynnościach wchodzących w skład przedmiotu umowy oraz dodatkowo wykonywał czynności przypisane liderowi konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie wynikające z wykonania całej umowy oraz na wartość całej umowy.

W okolicznościach sporu Izba przychyliła się do poglądu odwołującego.

Izba uwzględniła, że TSUE w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* nie wyłączył możliwości powołania się przez wykonawców na całość prac zrealizowanych przez nich w ramach konsorcjum. Trybunał wskazał, że możliwość ta jest uzależniona od bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej części zamówienia, do którego całościowego wykonania

zobowiązana jest ta grupa wykonawców. TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w których udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców.

Izba zważyła, że użyte w powołanej tezie pojęcie „część zamówienia” nie może być zawężane do zakresu wyrażonego w art. 36a – 36ba Pzp, czyli wydzielonej części zamówienia. Pojęcie to powinno być rozumiane w odniesieniu do konsorcjum w ten sposób, że obejmuje ono nie tylko zindywidualizowane i wyodrębnione świadczenie, które ma wykonać dany członek konsorcjum, ale zakres czynności wykonany w sposób rzeczywisty i realny przez wykonawcę, jednak nie będący wydzieloną częścią danej umowy. Praktyka wykonywania umów wspólnie przez wykonawców nie polega bowiem wyłącznie na dzieleniu przedmiotu zamówienia na części przypisane każdemu z nich. Wykonawcy mogą bowiem w ramach umowy konsorcjum wspólnie wykonywać całość umowy dzieląc się wyłącznie cząstkowymi czynnościami.

Taka sytuacja zaistniała w badanym postępowaniu. Z załącznika do umowy konsorcjum, oświadczenia przedstawiciela CHEMEKO-SYSTEM Sp. z o. o., na rzecz którego konsorcjum realizowało umowę wynika, że odwołujący rzeczywiście i konkretnie brał udział w wykonaniu umowy na każdym jej etapie. Odwołujący organizował, kierował i nadzorował wykonanie umowy oraz uczestniczył we wszystkich rodzajach prac. Potwierdza to również oświadczenie uczestnika konsorcjum Pana S.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MAK-MET S.J..

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że skoro przedmiot umowy obejmował czynności mało skomplikowane działania polegające na organizacji, koordynacji i nadzorze nie uzasadniają powołania się na wykonanie całości umowy. Po pierwsze, uszło uwadze zamawiającego realne zaangażowanie odwołującego wynikające z umowy konsorcjum i potwierdzone przez odbiorcę usług. Po drugie, wykonanie każdej umowy, zwłaszcza gdy świadczenie nie ma charakteru jednorazowego, wymaga przygotowania, kierowania pracą personelu oraz czuwania nad realizacją. Ponieważ potwierdzone zaangażowanie odwołującego dotyczyło wykonania czynności obejmujących całość umowy, brak wartościowego określenia w umowie konsorcjum prac wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów nie ma znaczenia dla oceny doświadczenia odwołującego.

Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłyby do uznania, że członek konsorcjum może powołać się wyłącznie na wykonanie umowy wyłącznie w tylko w zakresie przez niego zrealizowanym, co przeczy pogładowi wyrażonemu przez TSUE.

Zamawiający błędnie ocenił posiadane przez siebie dokumenty i czynności wykluczenia odwołującego dokonał z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zatem złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: